



# REVISTA JURÍDICA

**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

# DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA À LUZ DAS RECENTES ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Castro Filho \*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A febre das liminares. 3. O processo como instrumento. 4. Diferença entre liminar e tutela de urgência. 5. Distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada. 6. Pressupostos específicos. 7. A tutela de urgência à luz da Constituição. 8. Antecipação de tutela nas ações declaratórias e nas constitutivas. 9. Forma de execução nas tutelas de urgência. 10. Fungibilidade das medidas de urgência. 11. Conclusão.

## 1. Introdução

Embora ramo autônomo da ciência jurídica, o Direito Processual é eminentemente instrumental. E, por isso, por ser meio de realização da própria ordem jurídica nas situações conflituosas, é imperioso que o processo esteja em constante aprimoramento, a fim de que possa alcançar, efetivamente, a consecução das metas que lhe são confiadas. Daí a necessidade, felizmente compreendida modernamente pelos juristas dessa importante área, de se focar esse ramo do Direito sob uma ótica político-social, com predomínio, não da forma ou do rito, mas, acentuadamente, dos fins que lhe são próprios.

Em verdade, como o diz *Cândido Rangel Dinamarco*, de nada adianta um processo muito bem engendrado, composto de atos bem encadeados, se lhe falta eficácia na entrega da prestação jurisdicional. É indispensável possa servir, realmente, de instrumento à justa composição dos litígios, com segurança

---

\* **Sebastião de Oliveira Castro Filho** é Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Professor de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Católica de Goiás e do Instituto de Educação Superior de Brasília, membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal e do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

e no mais curto prazo possível. Esta, aliás, é a verdadeira expressão da chamada efetividade da tutela jurisdicional que, na linguagem do renomado processualista, coincide com a idéia da plenitude do acesso à justiça e do “processo de resultados”.<sup>1</sup>

Foi dentro dessa nova orientação que se ampliaram os horizontes da atividade cautelar e, posteriormente, como ponto relevante da reforma processual, instituiu-se a tutela antecipada de mérito. Não se trata de novidade absoluta, mesmo entre nós, uma vez que já era usada em algumas poucas ações. O que há de novo é sua utilização, como providência genérica, em qualquer processo de conhecimento. O que era exceção passou a ser regra, podendo ser usada sempre que o direito subjetivo material reclame garantia de exercício imediato. Assim, da união do denominado poder geral de cautela com a antecipação de tutela surgiu uma nova figura no Direito Processual Civil, a que se deu o nome de *tutela jurisdicional de urgência*.

Em linha de comparação, pode-se afirmar que, assim como o julgamento antecipado da lide, instituído pelo Código Buzaid, foi um dos pontos de maior relevo, como instrumento de agilização da entrega da prestação jurisdicional, o incentivo à conciliação e a antecipação de tutela não se apresentam com menor significado nas recentes reformas do Código de Processo Civil brasileiro.

## **2. A febre das liminares**

O entusiasmo com a antecipação da tutela substancial ao lado da proliferação dos casos das medidas cautelares, uma e outra não raro obtidas liminarmente, saltou das páginas dos autos, ganhou as ruas, invadiu as páginas dos jornais e passou a ocupar espaços na mídia. A concessão de liminares, satisfativas ou de mera segurança, às vezes alcança ritmo febril, o que não

---

<sup>1</sup> Tutela jurisdicional. Revista Forense nº 334, abril/junho/96, p. 19-41.

deixa, também, de ser preocupante, tendo em vista o impacto e as consequências que a medida pode causar. Algumas, de tão espetaculosas, chegam a ser escandalizantes, dando margem a dúvidas quanto à pureza dos motivos que as inspiraram.

Que o cuidado, entretanto, que se exige do juiz, ao apreciar um pedido de liminar, não lhe sirva de desestímulo a deferir a medida, nas situações em que ela é, deveras, justificável. É evidente que em algumas ocasiões poderá a concessão causar prejuízo ao réu, mas, em outras, a lesão poderá ser ao autor, pela negação. Nesses casos, como anota *Marinoni*, o juiz omisso “é tão nocivo quanto o juiz que julga mal”.<sup>2</sup>

Deve, pois, o magistrado, ao apreciar pedido de antecipação de tutela satisfativa, avaliar qual seria o risco de dano maior, se a concessão ou a negação.

Repetindo *Humberto Theodoro Júnior*, penso caber aos operadores do direito (mais até que aos cientistas jurídicos) a urgente e relevante tarefa de justificar o novo perfil da prestação jurisdicional e “compatibilizá-lo com os princípios da grande conquista da humanidade, que se rotulou como garantia do **devido processo legal**”<sup>3</sup>

### 3. O processo como instrumento

Ninguém mais – a partir de *Bülow* – discute a autonomia científica do direito processual em relação ao direito material. Não obstante, é de se ter sempre presente que o processo é apenas meio, não fim, e sua existência só se justifica ante a necessidade de solucionar problemas surgidos por inobservância dos preceitos do direito material. Nem por isso, também, na ordem dos valores, se permite elevar o direito material a uma posição de supremacia em relação

---

<sup>2</sup> Luiz Guilherme Marinoni. A antecipação da tutela. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17-18.

<sup>3</sup> Tutela jurisdicional de urgência. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p.2.

ao direito processual. O que existe, como o afirma *Andrea Proto Pisani*, é uma “dispendenza tra diritto sostanziale e diritto processuale”.<sup>4</sup>

E, em virtude dessa interdependência, por mais importante que seja o direito concreto, em situações de crise, suas regras só se impõem através do direito processual. Em outras palavras: o processo é a ferramenta de que se vale o direito substancial para imposição e concretização de seus regramentos. Teleologicamente, é meio de solução de litígios, de composição da lide, do que resulta a necessidade de ser ele dotado de mecanismos que, na solução dos conflitos, possam, efetivamente, restabelecer a paz social. Nesse mister, a tutela jurisdicional de urgência pode ser remédio de alta eficácia.

Não se é de confundir, todavia, *tutela jurisdicional* com *prestação jurisdicional*. A **prestação jurisdicional** é uma resposta ao exercício do direito abstrato de ação; **independe do resultado**; é, simplesmente, a satisfação do direito à composição da lide. Já a **tutela jurisdicional** consiste na **entrega positiva** da prestação jurisdicional. Exsurge da atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes, com o reconhecimento da ameaça ou violação do direito material afirmado pelo autor. Daí concluir-se que toda pessoa, em regra, tem direito à prestação jurisdicional, mas não são todos os que têm direito à tutela jurisdicional.

#### 4. Diferença entre liminar e tutela de urgência

Tutela de urgência é o gênero, de que são espécies as medidas cautelares e a antecipação de tutela de mérito.

A liminar pode ser concedida, em regra, em qualquer das duas espécies. Não é, portanto, a liminar figura característica das cautelares. *Liminar* é um adjetivo que atribui a algum substantivo a qualidade de inicial, preambular.

---

<sup>4</sup> Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuri Editore, 1982, p. 10.

Como ensina *Adroaldo Furtado Fabrício*, “é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar”.<sup>5</sup>

Em regra, se dá no início do processo (*in limine litis*), antes mesmo da citação do réu (*inaudita altera parte*) ou após justificação, com a presença do réu ou não, mas antes da resposta.

A distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada, como se verá, não é difícil. Ao contrário, é até simples; reside no fato de não ter aquela caráter satisfativo, ao passo que a tutela antecipatória, sim, apesar, também, de sua provisoriedade.

Igualmente não se confunde a antecipação de tutela com o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330). Neste, o provimento é final e culmina com a extinção do processo, o que ocorre sempre por meio de uma sentença. Aquela é concedida por decisão interlocutória, tendo, portanto, prosseguimento o processo.

A tutela cautelar, de natureza provisória e com função acessória, surgiu da necessidade de emprestar ao processo de conhecimento e ao processo de execução garantia de efetividade. É um remédio contra a demora e para evitar os prejuízos que dela possam advir. Mas, após muitos anos de experiência, chegou-se à conclusão de que não bastava. Passou-se, então, a autorizar a concessão de liminares em ações que não tinham fins assecuratórios, cautelares, em procedimentos especiais, como mandado de segurança, ação popular, ações possessórias, entre outros, sempre que houvesse risco pela demora e presentes se encontrassem, ao menos, indícios mais ou menos seguros de existência do direito alegado pela parte. Surgiram, então, as chamadas medidas cautelares satisfativas, muito usadas na Europa (França e Itália, principalmente), com a ampliação do poder geral de cautela, que, como diz *Ovidio Baptista da Silva*, nada tem de cautelar, a não ser o nome e a forma procedimental.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Breves notas sobre provimentos antecipados. Cautelares e liminares. *Ajuris*, nº 66, p. 13

<sup>6</sup> Curso de Processo Civil. Porto Alegre: Fabris, 1993, vol. III, p. 17.

Isso, porém, descaracteriza o provimento cautelar. Foi mais técnico o legislador brasileiro, ao instituir, com a reforma de 1994, de forma praticamente generalizada para os processos de conhecimento, a possibilidade emergencial de se fazer a entrega da tutela de mérito antes de findo o processo. Não foi difícil, bastou alterar-se a redação de poucos artigos do CPC, o que se fez com a edição da Lei n. 8.952, de 13.12.94 e depois com a Lei n. 10.444, de 07.05.02. E essa possibilidade de antecipação da tutela tanto pode ocorrer no início como em outro momento ou fase do processo, **desde que antes da entrega definitiva da prestação jurisdicional**. A questão, todavia, neste particular, ainda não é pacífica na doutrina, como o informa *João Batista Lopes*.<sup>7</sup>

Outro ponto marcante na distinção entre cautelar e antecipação de tutela reside no procedimento. Como se sabe, só nos casos prescritos em lei, quando o juiz está autorizado a deferir a cautelar *ex officio*, dispensa-se o processo. Apesar de instrumental, provisória e acessória, a cautelar é pleiteada, em regra, em processo autônomo e em autos próprios. A antecipatória de tutela de mérito, não; é requerida nos próprios autos do processo de conhecimento, portanto, **sempre incidentalmente**. Como lembra *Teori Albino Zavascki*, “a antecipação de tutela se dá, invariavelmente, na própria ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no livro do ‘Processo Cautelar’”<sup>8</sup>.

Consideradas suas finalidades específicas, é de suma importância – insista-se – a distinção entre as duas tutelas. A diferenciação – como acentua *Humberto Theodoro Júnior* – é de alta relevância porque, a um só tempo, possibilita avaliar o cabimento e o acesso à medida correspondente à hipótese discutida em juízo e se evita o uso abusivo de providências excepcionais fora da previsão para que foram especificamente concebidas<sup>9</sup>. Principalmente, coíbe

---

<sup>7</sup> Tutela antecipada no Processo Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 75.

<sup>8</sup> Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, nº 82, p. 56.

<sup>9</sup> Ob. cit. p. 10.

o uso de cautelar em lugar de antecipação de tutela, esta com pressupostos mais exigentes.

## 5. Distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada

O principal ponto de distinção entre *tutela cautelar* e *tutela antecipada* é o campo de atuação de uma e de outra.

As Medidas cautelares são de natureza puramente processual. Apenas visam a garantir a utilidade e a eficiência do provimento final, no processo principal, não interferindo no direito material.

Já a tutela antecipatória, embora também provisória, é satisfativa do próprio direito material. Implica na entrega da prestação manifestada na petição inicial, ou de algum de seus efeitos, por adiantamento, antes que o processo esteja maduro, pronto para o julgamento final.

## 6. Pressupostos específicos

As tutelas emergenciais, sejam de natureza cautelar ou satisfativa, para serem acolhidas, exigem a presença de requisitos especiais. Assim, para que vingue o pedido cautelar, é indispensável a existência, ainda que tênue, do direito alegado pela parte (*fumus boni iuris*), assim como a necessidade de se evitar a ocorrência de possível dano de difícil reparação durante o curso do processo, cujo caminhar muitas vezes é longo (*periculum in mora*).

Já para a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, o Código é bastante mais exigente. **Diz o artigo 273:**

*“Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido*



*inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*

*I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*

*II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”*

Mas, pelo parágrafo 2º do mesmo artigo, fica o juiz inibido de conceder a antecipação, se houver perigo de irreversibilidade do provimento, embora possa a medida ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Além disso, é de se não perder de vista que, para a antecipação da tutela de mérito, exige-se mais que o simples *fumus boni iuris* indispensável na cautelar; requer-se a presença daquilo que costumo chamar *scintilla boni iuris* ou *scintillatio iuris*. É dizer, tendo em vista a gravidade da antecipação dos efeitos da tutela satisfativa, mais que simples fumaça do bom direito, faz-se imprescindível a presença de uma centelha do bom direito ou a cintilação, a fagulha do próprio direito. Não basta, portanto, existam indícios do direito afirmado, é necessário que haja evidências da sua existência.

## **7. A tutela de urgência à luz da Constituição**

Nossa Constituição (art. 5º, LIV) assegura a todos o **devido processo legal**, no qual se abrigam dois outros regramentos: a garantia do contraditório e a ampla defesa.

Como compatibilizar isso com o instituto da antecipação da tutela, que admite o deferimento da pretensão ou de alguns de seus efeitos até mesmo antes de estar completa a relação processual?

Em primeiro lugar, é de conveniência não perder de vista que o princípio

do devido processo legal (**due process of law**) *não é a única garantia* prevista pela ordem constitucional. A Constituição garante também o *acesso pleno e irrestrito* de todos ao Poder Judiciário, estabelecendo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída à apreciação da Justiça (art. 5º, XXXV).

Ora, para que esse acesso seja exitoso, real e não mera ficção, é imperioso se revista a prestação jurisdicional de efetividade, quer dizer, terá de proporcionar ao titular do direito lesado ou ameaçado um resultado igual ao que alcançaria com o cumprimento voluntário da prestação ou com a sentença, ao final.

São duas, pois, as garantias fundamentais que parecem estar em conflito: devido processo legal e acesso efetivo à Justiça. É de se aplicar à questão – sugerem setores da doutrina – a chamada ***teoria da proporcionalidade***, como forma de contornar o conflito e permitir a coexistência pacífica entre as garantias em aparente confronto.

Há quem veja também na antecipação da tutela de mérito ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Mas, ao contrário, como assinala *Araken de Assis*, “... o instituto procura debelar uma situação de desigualdade, promovendo uma melhor distribuição do ônus temporal do processo entre as partes.”<sup>10</sup>

Assim, com os cuidados exigidos pela própria lei, deve o juiz procurar equacionar as dificuldades, determinando as providências que possam evitar os riscos de inutilidade da prestação jurisdicional que vier a ser entregue ao final. A essa atividade tem-se dado o nome de *regulação provisória*, *litisregulação* ou *tutela de urgência*, que, por ser provisória, admitindo modificação ou revogação, com ampla liberdade de impugnação pela parte contrária, deve ser interpretada como não atentatória ao devido processo legal, já que não anula o contraditório nem os princípios da ampla defesa e da isonomia. Esses princípios estariam

---

<sup>10</sup> Antecipação de tutela, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa A. Alvim Wambier. São Paulo: Rev. Tribunais, 1997, p. 14.

sendo desrespeitados, isto sim, se fosse concedida a tutela de urgência à mingua dos pressupostos legais. Ademais, nada impede que o juiz, conforme o caso, decida sobre o deferimento após ouvir a parte contrária.

Em resumo, pode-se concluir que ao invés de ferir a qualquer princípio constitucional, a antecipação de tutela satisfativa, assim como de qualquer outra de natureza assecuratória, tem assento na própria Constituição “como mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito”.<sup>11</sup>

## **8. Antecipação de tutela nas ações declaratórias e nas constitutivas**

Parafraseando *Pontes de Miranda*, pode-se afirmar que a ação declaratória tem por fim provocar um pronunciamento judicial sobre o “ser ou não ser” da relação jurídica. Como nesses casos não há execução de sentença, há aqui e alhures quem reluta em aceitar a antecipação.

Realmente, seria inadmissível, numa ação declaratória, o reconhecimento provisório do direito afirmado pelo autor, mas lícito seria ao juiz antecipar em favor do requerente alguns efeitos práticos inerentes ao pedido. Assim, seria plenamente justificável, por exemplo, numa ação em que se discuta cláusula de contrato de prestação de serviço de saúde, o deferimento de algum efeito prático decorrente do pedido declaratório, tal como uma internação de urgência, para realização de uma cirurgia emergencial.

Toda sentença, independentemente da ação em que é proferida, contém certa carga declaratória. Isso ocorre também nas ações constitutivas. Só que nestas a decisão é dotada de um *plus*, que é a alteração de um estado ou de uma relação jurídica. Por isso, o que foi dito no tocante às ações declaratórias aplica-se às constitutivas.

---

<sup>11</sup> Soraya Regina G. Lunardi; Rossana Tereza Curioni e Fernanda Duarte S. Veiga. Antecipação de tutela. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 14, nov.-dezembro/2001. p. 135.

Como ressalta *João Batista Lopes*, em algumas situações, é patente a inadmissibilidade da antecipação da eficácia constitutiva, como na anulação do casamento ou de uma escritura, mas nada impede que, numa investigatória de paternidade, desde que instruída com prova inequívoca, se vislumbre a possibilidade de concessão de alimentos ao autor, até o julgamento definitivo do pedido.<sup>12</sup>

Portanto, não obstante as objeções, vê-se que a matéria deve ser analisada com temperamentos. Desde que a sentença de cunho declaratório ou constitutivo produza efeitos práticos, é admissível, com as necessárias cautelas, a antecipação. *Carlos Alberto Álvaro de Oliveira* dá outro exemplo típico, com a hipótese da servidão de passagem. Embora não possa ser antecipada a decisão, nada impede que se ordene a passagem “*ou desfazimento de obstrução à luz, para prevenir dano*”<sup>13</sup>.

No mesmo sentido se manifestam vários outros processualistas, como *Kazuo Watanabe, Humberto Theodoro Júnior, Cândido Dinamarco, Ernane Fidélis dos Santos, Nelson Nery Júnior e Luiz Guilherme Marinoni*. São situações em que, embora não se possa conceder a antecipação da tutela, justifica-se o deferimento de antecipação de alguns de seus efeitos.

## **9. Forma de execução das tutelas de urgência**

A execução das tutelas emergenciais, não fica sujeita ao procedimento da *actio iudicati*. Faz-se sem maiores solenidades em cumprimento a simples mandado judicial, logo após proferida a decisão.

Todavia, à luz do parágrafo 3º do artigo 273 do Cód. Pr. Civil, com a

---

<sup>12</sup> Ob. cit. p. 50-51.

<sup>13</sup> Alcance e natureza da tutela antecipada. // Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 117.

redação que lhe deu a Lei nº 10.444, de 07.05.02, em vigor a partir de 8 de agosto do mesmo ano, a efetivação da tutela, dependendo de sua natureza, observará, no que couber, as normas preconizadas nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º e artigo 461-A.

É de se ter presente que o artigo 588, que trata da execução provisória, foi totalmente reescrito pela referida lei, que lhe acrescentou um inciso e parágrafo, a par de introduzir no Código um novo artigo, o 461-A.

Na redação anterior, segundo a dicção do inciso II do artigo 588, era inoportável a execução provisória quando se tratasse de ato que implicasse alienação do domínio e se impunha a prestação de caução idônea para os casos de levantamento de depósito em dinheiro.

Agora, não; com a nova redação do dispositivo, admite-se a execução precária, não só nos casos de levantamento de depósito em dinheiro, como naqueles em que a prática do ato importe alienação de domínio ou possa causar grave dano à parte contrária. Impõe-se, tão-somente, o oferecimento de caução idônea, que será prestada nos próprios autos. É dizer, ainda que em situações delicadas, poderá o juiz deferir o pedido de execução provisória, em consonância com seu prudente arbítrio, desde que prestada a garantia, que poderá ser fidejussória ou real. Com isso, fica consideravelmente ampliada a responsabilidade do magistrado que, mesmo assim, em se tratando de antecipação de tutela, tendo em vista a efemeridade da medida, não está autorizado a concedê-la, por exemplo, se importar alienação do domínio de bem imóvel. Isso porque, mesmo com os avanços trazidos pelas últimas reformas, continua íntegra a proibição consignada no parágrafo segundo do artigo 273, consoante a qual não se pode deferir a antecipação quando houver perigo de irreversibilidade do provimento.

A caução de que se trata pode, porém, ser dispensada, se for o crédito de natureza alimentar, até o limite de sessenta vezes o salário mínimo, caso se

encontre o autor em estado de penúria. É o que se colhe do parágrafo 2º acrescentado ao mencionado artigo 588 do Código de Processo Civil pela Lei nº 10.444, de 07.05.02.

Mas não param aí os poderes do juiz. Da leitura combinada dos artigos 461, § 5º, igualmente modificado, e 461-A, conclui-se que, ao conceder a medida, deve o magistrado assinar prazo ao réu para cumpri-la, sob pena de multa pelo atraso. E, além disso, não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, até de ofício, poderá ordenar busca e apreensão ou imissão na posse, conforme se trate de coisa móvel ou imóvel, assim como remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras ou impedimento de atividade nociva, com requisição de força policial, se necessário.

## **10. Fungibilidade das medidas de urgência**

Como já consignado, em vista da diversidade de objetivos da medida cautelar (conservativa ou assecuratória) e da antecipação de tutela (satisfativa), o legislador teve o cuidado de estabelecer para uma e para outra requisitos diferentes, sendo mais rigoroso na antecipatória de mérito do que na simples assecuratória. Não obstante, parte da doutrina encara de forma bastante liberal a possibilidade de se aplicar o princípio da fungibilidade às tutelas de urgência. Realmente pertencem elas a um mesmo gênero de que cada qual é espécie. Mas, embora a cautelar seja sempre concebida para conjurar o perigo de dano pela demora do processo principal, tal pode não ocorrer na antecipatória, segundo se infere do artigo 273 do Código de Processo Civil, já analisado. Dele se extrai que, presentes os requisitos do *caput*, a antecipação pode ser concedida, seja por fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, seja por se caracterizar abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A liberalidade na admissão de uma medida por outra fundamenta-se no

fato de nem sempre ser fácil descobrir a qual das duas espécies pertence a providência que, no caso, se vai adotar. Isso, entretanto, só acontece quando se requer a medida com fundamento no **inciso I do artigo 273** do Código de Processo Civil: **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação** (pela demora, evidentemente), que é um dos pressupostos também da cautelar. Se o fundamento for o do **inciso II – abuso do direito de defesa ou manifesto propósito procrastinatório** – não se justifica a confusão, que não passará de erro grosseiro ou má-fé, insuportáveis na praxe forense.

Com base nessa leitura, em diversas palestras tenho afirmado não me parecer aplicável, com a amplitude defendida por alguns, ainda que em homenagem à simplificação do processo, o princípio da fungibilidade.

*“Isso me parece possível – tenho dito – quando, por exemplo, a parte, satisfazendo a todas as exigências do artigo 273, pleitear a medida rotulando-a de cautelar, em petição autônoma, com fundamento no receio de dano por demora. Ao invés de mandar autuá-la em apartado, poderá o Juiz determinar sua juntada aos autos, evitando dar início a um processo cautelar. E, desde que provados satisfatoriamente os fatos, convencido da verossimilhança da alegação, nada obsta que o magistrado conceda a antecipação.*

*Ao contrário, se a parte entrar com um pedido, nos autos do processo, carimbando-o de antecipação de tutela, mas, na verdade, pretender uma medida tipicamente cautelar, não me parece possível admitir-lo, porque lhe faltarão os requisitos indispensáveis a uma petição inicial de processo cautelar, inclusive o pedido de citação do requerido. Como se sabe, em consonância com a sistemática processual civil brasileira, exceção feita àqueles raros casos de providências cautelares que, por expressa autorização legal, pode o juiz determinar de ofício, a regra é que se requeira a cautelar em procedimento próprio.”*

Em que pese esse entendimento, arrematava dizendo que, de *lege*

*ferenda*, seria até merecedora de encômios a proposta, pois, se a antecipação de tutela que, em regra, produz efeitos mais graves, é requerida nos próprios autos, com maior razão poder-se-ia admitir que a cautelar, quando, é claro, requerida concomitantemente ou já no curso do procedimento, tivesse também seu pleito processado nos próprios autos do processo cujos resultados se pretendesse assegurar.

A lei *futura*, de que então falava, agora já é *presente*. É a referida Lei nº 10.444/02 que, dando maior amplitude à antecipação da tutela de mérito, a par de outras alterações, reformulou o artigo 273 do Código de Processo Civil, acrescentando-lhe dois parágrafos, um dos quais assim dispõe:

*“ § 7º - Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”*

Está, portanto, resolvida também essa dificuldade de ordem técnica, em nome da instrumentalidade e em homenagem à economia processual, com repercussão positiva na agilização da entrega da prestação jurisdicional.

## **11. Conclusão**

As exigências da modernidade estão a reclamar, a cada dia que passa, maior rapidez na entrega da prestação jurisdicional. Em conseqüência, embora a agilidade processual não dependa apenas disso, por várias reformas tem passado nosso Código de Processo Civil nos últimos anos. Nem todas as alterações têm alcançado os resultados almejados, mas tudo está sendo feito principalmente com um propósito: apressar o andamento do processo em busca da tão ansiada efetividade da tutela jurisdicional.

Uma das inovações mais importantes foi a instituição, para todo e



qualquer tipo de processo de conhecimento, da antecipação da tutela, que já era utilizada, com sucesso, em alguns poucos procedimentos especiais.

Embora se assemelhe à ação cautelar, até pelo fato de admitir a concessão da medida, liminarmente, com ela não se identifica a antecipação de tutela, uma vez que aquela tem efeito meramente assecuratório dos fins pretendidos num outro processo, chamado principal; esta, ao contrário, permite a entrega da própria tutela de mérito ou dos seus efeitos, antecipadamente, embora em caráter provisório. Diferentes quanto aos resultados, diversos, também, no que concerne aos pressupostos de admissibilidade, tendo sido o legislador, por razões óbvias, mais exigente em relação à antecipação da tutela.

Apesar de não ser mais novidade, pois já se encontra no Código desde 1994, a antecipação da tutela ainda desperta discussões e certas perplexidades entre juízes e advogados. Tanto que, às vezes, talvez por temor de desacolhimento, as partes preferem requerer uma medida cautelar a uma antecipação de tutela satisfativa.

Superadas as indagações quanto à constitucionalidade do instituto e admitida a antecipação de tutela, sem embargo ainda de algumas reservas, até nas ações declaratórias e constitutivas, agora a lei, na linha da doutrina, passa a aceitar se aplique às medidas de urgência o princípio da fungibilidade, de sorte a acolher uma pela outra, desde que presentes os pressupostos específicos.

Não obstante os acréscimos trazidos pela reforma processual mais recente, restam ainda alguns pontos polêmicos, os quais deixo de analisar em vista da angustura dos limites do presente trabalho.

## **BIBLIOGRAFIA**

ASSIS, Araken. *Antecipação de tutela*, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Revista Forense nº 334, abril-junho/1996.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipados*. Cautelares e liminares. Porto Alegre: Ajuris nº 66.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUNARDI, Soraya Regina G; CURIONI, Rossana Tereza, VEIGA; Fernanda Duarte S. *Antecipação de tutela*. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 14, nov-dezembro/2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alcance e natureza da tutela antecipada*, in Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giutizia civile*. Bari: Caccuri Editore, 1982.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Fabris Editores, 1993, vol. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. São Paulo: Revista de Processo nº 82.